



Dr. Norbert Wiesinger

Dr. Norbert Wiesinger, LL.M.
(Columbia University)
Rechtsanwalt
R134985
also admitted in New York
A-1010 Wien
Rudolfsplatz 3
Tel: +43 1 533 32 49- 0
Fax: +43 1 533 32 49-10
email: wiesinger@wal-law.at

Kommunikationsbehörde Austria
bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien
rtr@rtr.at

KOA 6.300/18-007

Wien, am 06.06.2018

Mitbeteiligte Parteien:

1. Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
Würzburggasse 30
1136 Wien
2. ORS comm GmbH & Co KG
Würzburggasse 30
1136 Wien

beide vertreten durch:

Dr. Norbert Wiesinger
Rechtsanwalt
Rudolfsplatz 3, 1040 Wien
Vollmacht erteilt

wegen:

Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf

Die Behörde hat zu umseitiger Geschäftszahl den Entwurf einer Maßnahme gemäß §§ 36 ff TKG veröffentlicht und den Interessierten die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen einer öffentlichen Konsultation gemäß § 128 TKG Stellungnahmen abzugeben.

Mit der geplanten Maßnahme sollen den angeführten mitbeteiligten Parteien, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und ORS comm GmbH & Co KG (beide im Folgenden auch gemeinsam als „ORS“ bezeichnet), spezifische Verpflichtungen auferlegt werden. Die folgende Stellungnahme bezieht sich dabei auf nachstehende Punkte bzw. Themen:

1. Das gegenüber dem Bescheid KOA 6.300/13-023 (nunmehr erstmals) vorgesehene Recht der Veranstalter, während eines aufrechten, laufenden Vertrags mit ORS unter bestimmten Umständen **einseitig kostenfreie Vertragsänderungen** zu verlangen;
2. die Veröffentlichung von Daten aus Verträgen, die **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** der ORS bzw. des ORF darstellen, ohne dass es dafür einen Rechtfertigungstatbestand gibt, sowie
3. die generell **zweifelhafte Rechtfertigung** für eine ex-ante-Regulierung unter den festgestellten wettbewerblichen Bedingungen.

Dazu im Einzelnen:

1. **Zur Anpassungsbestimmung im Maßnahmenentwurf**

1.1 **Verweis auf die Stellungnahme vom 25.08.2017**

Die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Ausgestaltung der für die gegenständliche Stellungnahme relevanten spezifischen Verpflichtung der Nichtdiskriminierung lautet:

3.4.2. Gemäß § 38 Abs. 2 und 3 TKG 2003 hat die ORS bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters Verträge, die nach Zustellung dieses Bescheides abgeschlossen wurden, binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an dieses anzupassen. Auch das Standardangebot hat eine entsprechende Klausel zu enthalten, wonach bei jeder Aktualisierung des Standardangebots auf Nachfrage des Rundfunkveranstalters dessen Verträge binnen sechs Monaten ohne zusätzliche Kosten an das neue Standardangebot angepasst werden.

ORS hat die betreffende Bestimmung bereits im Vorfeld, insbesondere im Rahmen ihrer **Stellungnahme vom 25.08.2017** zum diesbezüglich (im Wesentlichen) gleichlautenden Maßnahmenentwurf KOA 6.300/2017-007 heftig kritisiert.

Dabei hat ORS insbesondere ausgeführt, dass der Maßnahmenentwurf im Hinblick auf diese Regelung im **klaren Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 36 ff TKG** steht. Darüber hinaus hat ORS ausgeführt, dass die entsprechenden Bestimmungen auch deshalb abzulehnen sind, weil sie **wirtschaftlich weder für die Veranstalter selbst noch für die ORS als Anbieter sinnvolle Ergebnisse** erzeugen würden. Der **kurzfristige, scheinbare Vorteil für etablierte Nachfrager**, einen kurzfristigen Kostenvorteil zu generieren, wird durch die Nachteile verdrängt, die die erforderliche Neugestaltung des Kostenrechnungsmodells hätte. Darüber hinaus würden neu auf den Markt hinzutretende Veranstalter dadurch weiter benachteiligt. ORS ist erstaunt und enttäuscht, dass sich die Behörde mit diesen Argumenten nicht auseinandergesetzt hat, sondern stattdessen auf ihrem Entwurf beharrt.

Die Stellungnahme vom 25.08.2017 **bleibt voll inhaltlich aufrecht**. Dazu wird weiter ausgeführt wie folgt:

1.2 Bestimmung benachteiligt neu hinzutretende Veranstalter

1.2.1 Allgemein

Die einschlägige Bestimmung soll aus Sicht der Behörde offenbar zu einer Neuausgestaltung oder einer verbesserten Ausgestaltung der **Gleichbehandlungsverpflichtung** gegenüber den Nachfragern auf den nachgeordneten Märkten, also den Radioveranstaltern, führen. Die Grundidee der Behörde ist dabei offenbar, dass alle Betreiber, die in einem bestimmten Jahr eine bestimmte Leistung von ORS beziehen, für diese Leistung in dem betreffenden Jahr den gleichen Betrag an ORS bezahlen sollen. Auf den ersten Blick erscheint diese Überlegung vor dem Hintergrund der Gleichbehandlungsverpflichtung auch nicht völlig von der Hand zu weisen zu sein. Dazu kommt, dass der VÖP als Vertreter zahlreicher Privatradiovanstalter dies wiederholt gefordert hat. Betrachtet man die Situation jedoch etwas näher im Detail, stellt sich die **Sachlage deutlich weniger plakativ, aber dafür wesentlich differenzierter**, dar.

1.2.2 Regulierung soll Wettbewerb nachbilden

Die ex-ante-Regulierung wurde dazu geschaffen, um auf Märkten der elektronischen Kommunikation, die vormals monopolistisch oder oligopolistisch organisiert waren, eine **Wettbewerbssituation nachzubilden**. Das in der bisherigen Regulierung vorgesehene **Zusammenspiel von jährlicher Kostenrechnung und Vertragsbindungen** ist allerdings einem Wettbewerbsmarkt wesentlich näher als das nunmehr von der Behörde beabsichtigte Modell, nachdem jeder Betreiber Preisanpassungen nach den Ergebnissen der jeweils jüngsten Kostenrechnung verlangen kann. Dies ergibt sich aus folgenden Umständen:

ORS schafft **wesentliche Teile der Sendefrastruktur** jeweils bei Nachfrage durch einen Veranstalter **für diesen Veranstalter konkret** an. Der Grund für dieses Vorgehen liegt in dem von der Behörde angeordneten Kostenrechnungssystem. Ein **hoher Lagerbestand** etwa an Sendegeräten wäre **nicht als effizient** einzustufen. Darüber hinaus sinken die Preise für diese Geräte immer wieder, sodass nicht nur die Lagerkosten belastend wirken würden. Auch Preissenkungen könnten entweder nicht an die Veranstalter weitergegeben werden oder müssten von ORS getragen werden. Um dies zu vermeiden, hält ORS eben keinen Lagerstand, sondern **kauft für neu hinzutretende Nachfrager jeweils neu zu**. Im Kostenrechnungssystem schlägt sich dies insofern nieder, als ORS bei den entsprechenden Anlagen mit Wiederbeschaffungswerten arbeitet, die jeweils den tatsächlichen Werten der von ihr bezahlten Preisen entsprechen.

Im konkreten Fall bedeutet dies, dass sich die Preise, die sich aus dem Kostenrechnungsmodell ergeben, von Jahr zu Jahr unterscheiden, weil auch die Preise der entsprechenden Anschaffungen variieren. Bei den Sendeanlagen sinken die Preise üblicherweise, was in der Regel mit einer Senkung der Entgelte laut Kostenrechnungssystem einhergeht. Die vor allem relevanten Anschaffungen von Sendegeräten haben im KORE eine **Nutzungs-/Abschreibedauer von 10 Jahren**, was wiederum der Laufzeit der Verträge entspricht (vgl. Veröffentlichung der Beschreibung der KORE von ORS/ORS comm für das Jahr 2016, Punkt 3.10). Damit wird auch nach der KORE das für einen bestimmten Kunden angekaufte Sendegerät genau über die Laufzeit des mit diesem Kunden abgeschlossenen Vertrags **abgeschrieben und damit kostenwirksam**. In einen im Folgejahr abgeschlossenen Vertrag fließen dann die Preise des Folgejahrs ein. Da diese Preise meist sinken, wirkt sich das meist auch in einer Preissenkung bei der UKW-

Übertragung aus. Dementsprechend zahlen Veranstalter, die früher auf den Markt getreten sind, höhere Entgelte als jene, die später auf den Markt getreten sind. Dieser Umstand war das Ergebnis der mit der Behörde abgestimmten und von dieser geprüften KORE und war zumindest bislang von der Behörde gewollt.

Vergleicht man dies mit einer **hypothetischen Wettbewerbssituation**, so entspricht dieses Modell weit eher dem, was auf einem Wettbewerbsmarkt eintreten würde, als jenes Modell, das nun offenbar der Behörde vorschwebt. In einem Wettbewerbsmarkt mit sinkenden Preisen für notwendige Anlagegüter hätte ein neu auf den Markt hinzutretender Veranstalter zwar einerseits den Nachteil, später auf einen Markt zu kommen, der uU schon saturiert ist, dafür hätte er den Vorteil geringerer Anschaffungskosten für die mittlerweile billiger gewordenen Anlagegüter (etwa die Sendegeräte). Der etablierte Betreiber hingegen hätte zwar den Vorteil gehabt, früher am Markt zu sein, müsste aber seine höheren Anschaffungskosten noch länger tragen (abschreiben). Das ist der „normale“ **Gang der Dinge auf einem Wettbewerbsmarkt**. Die Kriterien sind bekannt und für jeden Marktteilnehmer einschätzbar.

1.2.3 Modell der Behörde ist wettbewerbsfremd

Was es hingegen auf einem Wettbewerbsmarkt nicht gibt, ist eine Situation, in der ein früher hinzutretender Veranstalter einfach nach Gutdünken fordern kann, dass sich seine Kostenstruktur an jene der später hinzutretenden Marktteilnehmer anpasst. Das ist aber gerade jenes Modell, das nun der Behörde vorschwebt. Damit ist das Modell der Behörde schon aus prinzipiellen Überlegungen abzulehnen: es ist **wettbewerbsfremd** und es **diskriminiert neu hinzutretende Veranstalter**.

Damit wird auch klar, warum dieses Modell vom VÖP favorisiert wird; der **VÖP vertritt in erster Linie etablierte Veranstalter**, die selbst wiederum kein Interesse an einem verschärften Wettbewerb durch neu hinzutretende Radioveranstalter haben. Die Behörde hat sich insofern vom VÖP blenden lassen.

1.3 Behörde adressiert kein „reales“ Wettbewerbsproblem

1.3.1 Ausführungen der Behörde zum angeblichen Wettbewerbsproblem

ORS hat in ihrer Stellungnahme vom 25.08.2017 zu KOA 6.300/17-007 unter anderem ausgeführt, dass die Bestimmung nicht gesetzeskonform wäre, da sie

keinem festgestellten Wettbewerbsproblem gegenüberstehen würde. Demgemäß dürfe sie nach den Bestimmungen des § 37 TKG gar nicht erst angeordnet werden. Die Behörde führt in ihrer Begründung dazu nun aus:

„Im Gutachten wurde nämlich klar festgestellt, dass ein potentielles Wettbewerbsproblem im gegenständlichen Markt überhöhte Tarife sind (vgl. dazu schon Punkt 2.3.1.4). Diese Preise können aber nicht nur bereits bei Vertragsabschluss überhöht sein, sondern etwa auch zu einem späteren Zeitpunkt durch Preisanpassungsklauseln, wie sie auf dem gegenständlichen Markt auch verwendet werden (vgl. dazu auch oben 4.8.2.2). Würde man bei der Beurteilung statisch auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen, wäre es in der Hand des marktbeherrschenden Unternehmens, durch die Gestaltung von Preisanpassungsklauseln die Entgeltregulierung zu umgehen. Daher muss bei einer Festsetzung einer Tarifobergrenze denklogisch auch dieser Fall abgedeckt sein, was mit dieser – eben explizit festgelegten – Anpassungsklausel gewährleistet wird. Diese dynamische Sichtweise liegt dem Gutachten erkennbar zu Grunde.“

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass **weder das Gutachten vom 20.09.2016 noch das ergänzende Gutachten vom 23.03.2018** in irgendeiner Form auf ein „potentielles“ Wettbewerbsproblem der „überhöhten Entgelte“ zu einem späteren Zeitpunkt als zum Vertragsabschluss eingehen. Auch auf einen möglichen Missbrauch durch „Preis**anpassungsklauseln**“ wird in den Gutachten in keiner Weise eingegangen. Der in der zitierten Stelle enthaltene Verweis auf Punkt 4.8.2.2 der Begründung des Maßnahmenentwurfs geht ebenfalls ins Leere, bzw. verweist auf keine entsprechenden Ausführungen. Dass eine „solche dynamische Sichtweise dem Gutachten erkennbar zu Grunde liegen würde“, wie die Behörde an der zitierten Stelle ausführt, erschließt sich dem Leser der Gutachten nicht. Auch fehlt ein Hinweis in der Begründung des Maßnahmenentwurfs, woran die Behörde diese dynamische Sichtweise zu erkennen glaubt.

1.3.2 Keine missbräuchlichen Preisanpassungsklauseln****

Die einzige „Preis**anpassungsklausel**“, die sich im Standardangebot findet, ist eine **Indexanpassung von 85% der VPI-Erhöhung**. Der VPI ist ein in Österreich in allen Bereichen gängiger Referenzwert für künftige Preisentwicklungen und wird von ORS überdies **nur zum Teil (also mit 85%) auf die zu zahlenden Preise umgelegt**. Weitere Preis**anpassungsklauseln** gibt es nicht. Es bleibt somit völlig unklar, welches Wettbewerbsproblem die Behörde in der bestehenden Regelung

sieht, dem sie nun durch die kostenlose Anpassungsmöglichkeit der Veranstalter auf ein neueres Standardangebot entgegenwirken möchte.

Die vorgesehene Indexanpassung von 85% der VPI-Erhöhung kann es unmöglich sein. Ein im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kostenorientierter Preis kann **denklogisch nicht zu einem „überhöhten Preis“ werden**, wenn er mit lediglich 85% der Indexerhöhungen des VPI steigt. Diesbezüglich fehlt jede nachvollziehbare Begründung.

1.3.3 Releviertes Wettbewerbsproblem denkunmöglich

Damit ist festzuhalten, dass die entsprechende Stelle der Begründung des Maßnahmenentwurfs kein festgestelltes, sondern allenfalls ein **nicht einmal denkmögliches, Wettbewerbsproblem** der Zukunft abbildet, bei dem auch die Behörde nicht weiß, ob und unter welchen Umständen es überhaupt eintreten könnte. Solche imaginären Wettbewerbsprobleme können aber nicht Gegenstand einer Anordnung nach § 37 TKG sein (siehe ua VwGH in 2013/03/0138).

1.4 Ausführungen der Behörde zur KORE gehen an den Argumenten der ORS vorbei

Die Behörde befasst sich in der Begründung des Maßnahmenentwurfs an einigen Stellen mit den Argumenten der ORS aus der Stellungnahme vom 25.08.2017. Dazu zählen ua Ausführungen betreffend das Kostenrechnungssystem der ORS. So führt die Behörde auf Seite 111 des Maßnahmenentwurfs wörtlich aus:

„Darüber hinaus ist das Vorbringen der ORS zum Kostenmodell und zur Kapitalverzinsung nicht nachvollziehbar (...):

Aus der veröffentlichten Beschreibung der Kostenrechnungsmethode der ORS (vgl. Punkt 3.11 der Veröffentlichung der Beschreibung der Kostenrechnungsmethode von ORS/ORR vom 25.08.2017, KOA 6.300/16-007 und 008) ist dazu Folgendes ersichtlich: „Für die Verzinsung des eingesetzten Kapitals wendet ORS einen einheitlichen Zinssatz an. Methodisch erfolgt die Verrechnung der Verzinsung und der Abschreibungen auf Basis der Annuitätenmethode mit der jeweiligen Abschreibungsdauer pro Anlageklasse.“

Der Zeithorizont der Verzinsung des eingesetzten Kapitals hängt dabei nicht – wie vorgebracht – von der Vertragslaufzeit, sondern von den Abschreibungsdauern pro Anlageklasse – welche

wiederum unabhängig von der Vertragslaufzeit sind – ab. Die Laufzeit der Verträge, die konkreten Tarife sowie die damit verbundenen Erlöse haben zwar Auswirkungen auf die Rentabilität jedes einzelnen Kunden. Das Modell berechnet jedoch die Verzinsung des eingesetzten Kapitals nach der Nutzungsdauer der unterschiedlichen Anlagen und ist somit unabhängig von der Vertragslaufzeit mit den Kunden. Diese Rentabilität einzelner Kunden ist – im Gegensatz zum Vorbringen der ORS – nicht Gegenstand der Vorgaben bezüglich der Kostenrechnungsmethode. Anders gewendet bedeutet dies, dass die Kostenrechnungsmethode unabhängig von der Vertragslaufzeit und zwischenzeitlichen Vertragsanpassungen ist.

Diese Begründung geht jedoch am Argument der ORS vorbei. Die Abschreibungsdauern der für die gegenständliche Diskussion relevanten Anlagegüter (vor allem Sendegeräte) sind **mit 10 Jahren festgelegt**. Diese Abschreibungsdauern entsprechen den Vertragslaufzeiten mit den Radioveranstaltern. Da die tatsächlich angeschafften Geräte mit ihren Abschreibungsdauern in die KORE aufgenommen werden, korrelieren die im Rahmen der KORE abgebildeten Übertragungsentgelte eben doch mit den für die betreffenden Nachfrager gemachten Anschaffungen. Die KORE ist – anders als die Behörde zu vermuten scheint – nicht abstrakt.

Gewährt die Behörde nun den Nachfragern die Möglichkeit, nach Abschluss - aber vor Ablauf - ihres Vertrages auf Entgelte nach einer zeitlich späteren Kostenrechnung umzusteigen, zahlen diese Nachfrager dadurch die **Abschreibungen fiktiver neuerer Geräte als jener, die tatsächlich für sie angeschafft wurden**. ORS hat allerdings weiter die höheren Kosten der tatsächlich angeschafften Geräte in den Büchern. Insofern wäre also ein Nachfrager, der später auf ein niedrigeres Entgelt „umsteigt“ für ORS nicht mehr kostendeckend. Genau diese Situation der Kostenunterdeckung wäre dann aber **nicht mehr durch das Gesetz, insbesondere durch § 42 Abs 1 TKG, gedeckt**.

1.5 Die Bestimmung ist inhaltlich neu

Unzutreffend ist es auch, wenn die Behörde auf Seite 110 ausführt, dass bereits der Bescheid KOA 6.300/13-023 in seinem Spruchpunkt 2.4.1 eine „*im Wesentlichen gleichartige Verpflichtung beinhaltet hätte, die nunmehr lediglich in Hinblick auf die Transparenz angepasst worden wäre*“. Der grundlegende Unterschied zwischen der Bestimmung in Punkt 2.4.1 des Bescheids KOA 6.300/13-023 und der Bestimmung 3.4.2 des Maßnahmenentwurfs KOA 6.300/18-007 liegt darin, dass der Maßnahmenentwurf

nunmehr ausdrücklich vorsieht, dass die Anpassung an ein neues Standardangebot „ohne zusätzliche Kosten“ anzubieten ist.

„Ohne zusätzliche Kosten“ soll offenbar bedeuten, dass ORS nunmehr verpflichtet werden soll, bei einer Senkung der Entgelte im Rahmen des Standardangebots, diese Senkung auch auf Veranstalter zur Anwendung zu bringen und nicht berechtigt sein soll, sich Kosten, die dadurch nicht mehr gedeckt wären, vom Nachfrager ablösen zu lassen. Genau dieser Beisatz „ohne zusätzliche Kosten“ ist jenes Element der Bestimmung, das bislang nicht vorgesehen war, und das die oben angeführten logischen Verwerfungen mit dem Kostenrechnungsmodell der ORS, das in genau dieser Form mit der Behörde abgestimmt wurde, schafft. Es ist somit keine „im Wesentlichen gleichartige Bestimmung“ sondern eine in ihrem Wesen grundlegend anders gestaltete Regelung.

Somit haben die Ausführungen über die Verletzung des Überraschungsverbots aus der Stellungnahme vom 25.08.2017 nach wie vor Gültigkeit.

1.6 Bedenken bleiben aufrecht

Vor diesem Hintergrund bleiben sämtliche bereits in der Stellungnahme vom 25.08.2017 vorgebrachten Argumente aufrecht. Die geplante Bestimmung ist rechtswidrig ist, weil sie

- **keinem festgestellten Wettbewerbsproblem** gegenübersteht und somit einen **unzulässigen Eingriff in die Privatautonomie** der ORS darstellt;
- das **Recht der ORS auf eine angemessene Rendite** missachtet;
- neu hinzutretende Radioveranstalter **diskriminiert** und damit selbst **wettbewerbswidrig** ist.

Mit der Begründung des nunmehr veröffentlichten Maßnahmenentwurfs wird überdies deutlich, dass die Behörde den **Einfluss der realen Beschaffungen von Anlagegütern für die individuellen Nachfrager** auf das Kostenrechnungsmodell der ORS nicht richtig einschätzt und damit die Problematik der Kostenunterdeckung offenbar gar nicht beachtet hat.

2. Offenlegung von Inhalten des ORF-Vertrags als Verletzung von § 125 TKG

2.1 Allgemein

Die Behörde legt in dem von ihr veröffentlichten Maßnahmenentwurf eine ganze Reihe von Details über das Vertragsverhältnis zwischen ORF und ORS offen, die **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der ORS bzw. des ORF** darstellen. Dass es sich bei dem Vertrag um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, wurde der Behörde ua schriftlich mitgeteilt, in dem ORS ersuchte, die Vertragsinhalte Dritten nicht zugänglich zu machen. Dazu war der Vertrag selbst ausdrücklich einer Geheimhaltungspflicht unterworfen. Dies wird im Maßnahmenentwurf sogar ausdrücklich erwähnt.

Das TKG regelt den Umgang der Behörde mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausdrücklich und streng in § 125 TKG. Dort ist vorgesehen:

(1) Die Regulierungsbehörde hat ihr bekannt gewordene Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse insbesondere nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes zu wahren.

(2) Die Qualifizierung einer Tatsache als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis obliegt der Regulierungsbehörde, die dabei auch eine Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung andererseits vorzunehmen hat.

(3) Hegt die Regulierungsbehörde berechtigte Zweifel an der Schutzwürdigkeit der Geheimhaltung einer Tatsache, hat sie dies dem Berechtigten mitzuteilen und ihn aufzufordern, sein wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung glaubhaft zu machen.

2.2 Verletzung von § 125 TKG

Nach dieser Bestimmung ist die **Behörde somit zuallererst verpflichtet**, alle ihr bekannt gewordenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren und eben nicht weiterzugeben. Wenn sie solche Inhalte veröffentlichen möchte, hat sie eine **Interessensabwägung zwischen Geheimhaltungs- und Offenlegungsinteressen** durchzuführen. Wenn die Behörde zum Schluss kommt, dass kein Interesse an der Schutzwürdigkeit besteht, hat sie den **Berechtigten dies mitzuteilen** und ihn aufzufordern, sein wirtschaftliches Interesse an der Schutzwürdigkeit glaubhaft zu machen.

Es ist sowohl der Behörde als auch ORS klar, dass der in Absatz 3 vorgesehene Schritt, nämlich die **Mitteilung der Zweifel an der Schutzwürdigkeit**, von der Behörde unterlassen wurde. Bereits darin liegt eine klare Verletzung des § 125 Abs 3 TKG.

2.3 Keine Rechtfertigung durch die zitierte Rechtsprechung

2.3.1 Kein relevantes Beweismittel

Die Behörde zitiert in der Folge den VwGH in Zl. 2002/03/0273, der allerdings noch vor einer Reihe späterer, relevanter Entscheidungen des EuGH ausführte, dass es in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine „geheimen Beweismittel“ geben dürfe.

Diese Rechtsprechung deckt aber im vorliegenden Fall das Vorgehen der Behörde nicht. Zunächst einmal sind die im Maßnahmenentwurf enthaltenen Informationen über den ORF-Vertrag nicht Grundlage für den Maßnahmenentwurf. Sie haben mit der Marktbeurteilung durch den Sachverständigen und der Frage der geeigneten Abhilfemaßnahmen nur insofern etwas zu tun, als eben gerade keine Diskriminierung festgestellt wurde. Tatsächliche Diskriminierungen auf dem betreffenden Markt sind aber nicht Gegenstand der Marktanalyse. Die Marktanalyse beurteilt die **Tendenz eines Marktes, ein bestimmtes Wettbewerbsproblem** zu erzeugen. Die Untersuchung von tatsächlichen Marktmissbräuchen ist anderen Verfahren vorbehalten. Somit muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass der zitierte Inhalt des ORF-Vertrags eben gerade **kein für die Entscheidung relevantes Beweismittel** im Sinne der zitierten Entscheidung ist.

2.3.2 Kein Parteieninteresse an Offenlegung

Des Weiteren ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Verfahren nur zwei Unternehmen, nämlich die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG, Parteistellung haben. Sonstige betroffene Unternehmen gibt es nicht bzw. haben ihre Parteienrechte nicht wahrgenommen und sind präkludiert.

Somit verbleiben als einzige Unternehmen, die gegen die Entscheidung der Behörde ein Rechtsmittel erheben könnten, nur die beiden ORS-Unternehmen. Diese haben jedoch kein Interesse an der Offenlegung der hier relevanten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Sie sind vielmehr selbst als **Berechtigte im Sinne von § 125 TKG** zu

qualifizieren. Ein schützenswertes Interesse der Öffentlichkeit an der Offenlegung dieser Daten ist weder aus dem TKG noch aus der Entscheidung des VwGH ableitbar.

Vor diesem Hintergrund ist klar, dass die Behörde sowohl § 125 Abs 1 TKG als auch die Bestimmungen über die Vorgehensweise bei der geplanten Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 125 Abs 3 TKG verletzt hat. Eine Rechtfertigung dafür gibt es nicht.

3. **Allgemeine Anmerkungen zur ex-ante-Regulierung auf dem gegenständlichen Markt**

Die Behörde hat sich entschlossen, den Markt für „analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ nochmals zum Gegenstand einer ex-ante-Regulierung zu machen. Die Rundfunkmärkte, zu denen auch der gegenständliche Markt zählt, sind schon seit der „Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors“ vom 17.12.2007¹ nicht mehr als Märkte für eine ex-ante-Regulierung empfohlen. Die Europäische Kommission vertrat schon damals – also vor mehr als 10 Jahren – den Standpunkt, dass der Wettbewerb auf den betreffenden Märkten ausreichend entwickelt ist und dass das **allgemeine Wettbewerbsrecht** – allenfalls in Verbindung mit Lizenz- oder „must carry“ Bestimmungen – **ausreicht, um Marktversagen zu verhindern**².

Nunmehr ist mit dem Maßnahmenentwurf erneut eine entsprechende Vorabregulierung geplant, die – geht man von den bisherigen Marktanalysen der Behörde aus – voraussichtlich bis in die **mittleren 2020er Jahre hinein Gültigkeit haben könnte** (sofern das Modell der ex-ante-Verpflichtungen nicht aus anderen Überlegungen heraus abgeschafft wird). Damit würde das österreichische Modell der ex-ante-Verpflichtung auf dem UKW-Markt die letzte **europäische Empfehlung**, die den betreffenden Markt nicht beinhaltet hat, **um gut 15 Jahre überdauern**.

Diese **paradoxe Situation** sollte aus Sicht der ORS der Behörde Anlass sein, Sinn und Zweck der geplanten Regulierung nochmals zu überdenken. Zweck der Vorabregulierung ist es, Wettbewerb in vormals monopolistischen oder oligopolistischen Strukturen

¹ Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, (2007/879/EG) L 344/65 vom 28.12.2007.

² Explanatory Note zum Entwurf der „Märkteempfehlung“.

zu ermöglichen. Dieser Wettbewerb ist – wie sich sowohl aus den Gutachten in den Verfahren als auch aus den Stellungnahmen des VÖP klar ergibt – auf den **nachgelagerten Märkten voll im Gang** (Beschwerden etwa des VÖP beziehen sich gerade **nicht auf den Zugang zur Infrastruktur**). Auf dem regulierten Infrastrukturmarkt entwickelt sich Wettbewerb jedoch nur sehr beschränkt und es ist vor dem Hintergrund neuer Übertragungstechniken **kaum mehr zu erwarten, dass auf dem analogen UKW-Übertragungsmarkt von dritter Seite noch stark investiert wird**.

Wenn aber der Zugang zur Infrastruktur, so wie im vorliegenden Fall, in vollem Umfang gewährt wird, und überdies auf dem regulierten Markt keine Investitionen neuer Anbieter in relevantem Umfang mehr zu erwarten sind, wird die **Regulierung dieses Marktes zum Selbstzweck**. Eine solche, sich nur noch selbst rechtfertigende Regulierung ist aber schädlich. Sie **bindet beträchtliche Ressourcen**, die darauf ausgerichtet sind, die Bedingungen der Regulierung einzuhalten (etwa durch die Verpflichtung zur regulatorischen Kostenrechnung) und sie ist **unflexibel**, weil sie es der ORS nicht ermöglicht, auf uU berechnete Wünsche einzelner Betreiber individuell einzugehen. Damit verursacht diese Regulierung im Ergebnis **auch aus volkswirtschaftlicher Sicht mehr Nachteile als Vorteile**.

Vor dem Hintergrund, dass

- 1) die Europäische Kommission die betreffenden Märkte schon seit mehr als einem Jahrzehnt nicht mehr für die *ex-ante*-Regulierung empfiehlt,
- 2.) ORS den **allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen** und damit der Aufsicht durch BWB und Kartellgericht unterworfen ist, und
- 3) Zugang zur Infrastruktur der ORS voll umfänglich und vor allem auch im wirtschaftlichen Interesse der ORS gewährt wird,

regt ORS an, die Behörde möge – allenfalls in Teilschritten – eine alsbaldige Entlassung der ORS aus der *ex-ante*-Regulierung in Betracht ziehen.

4. Zusammenfassung der Anregungen der ORS

ORS regt somit an, die Behörde möge

- die **Verpflichtung zur kostenlosen Anpassung** von Verträgen der Nachfrager an neuere Standardangebote (Punkt 3.4.2 des Entwurfs) sowie darauf Bezug nehmende Bestimmungen **ersatzlos streichen** und im Maßnahmenbescheid nicht vorsehen,
- **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** der ORS und ihrer Vertragspartner **respektieren** und bei aus Sicht der Behörde erforderlichen Offenlegungen jedenfalls die Bestimmungen des § 125 TKG einhalten sowie
- die Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG und die ORS comm GmbH & Co KG **alsbald aus der mittlerweile obsoleten sektorspezifischen ex-ante-Regulierung** des Vorleistungsmarktes „Analoge terrestrische Übertragung von Hörfunksignalen zum Endkunden mittels UKW“ **entlassen**.

Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
ORS comm GmbH & Co KG